POR

D. LORENZO DAVILA Y ESTRADA, Cauallero del Orden de Señor Santiago, Cõtador mayor del Duque de Medina ſidonia.

CON

El Licenciado Simon Luis Ferro, y el Iurado Felipe Guerrero, y Pedro de Caſtilla carpintero, y Iuã Gutierrez de Rota, vezinos de la ciudad de Sanlucar de Barrameda, que ſon los quatro fiadores que han dicho agrauios en la Chancilleria.

Para que ſe confirme el auto del Alcalde mayor de la dicha ciudad, en que reſeruó las excepciones pueſtas por los ſuſodichos para los diez dias de la ley; ſe ſuplica a V. m. vea eſte papel.

PResuponeſe lo primero que en onze dias del mes de Março de mil y ſeiſcientos y treinta y tres años, el Capitan Alonſo de Trillo Armenta, y doña Maria de Eſpinoſa ſu muger, haziendo relació, de como el ...

A

que

que de Medina le auia dado al dicha Capitan el oficio de Almoxarife, y recaudador de las alcabalas de heredades y viñas de la ciudad de Sanlucar, se obligan de mancomũ, a que daran cobradas las copias que se le han de entregar, desde Nauidad de mil y seiscientos y treinta y vno, dentro de vn año y quatro meses luego siguientes, que seran fin de Abril de treynta y quatro, y assi sucessiuaméte los demas años siguientes que durare esta cobrança, ò dar diligencias hechas, y que si no lo cobraren puedã ser executados con solo el juramento, en que lo difieren.

2 ¶ Lo segundo se presupone, que por Março del dicho año de mil y seiscientos y treinta y tres, Pedro de Ardinez el Moço, Francisco de Aguilar mercader, y el Licenciado Simon Luis Ferro, Pedro de Castilla carpintero, y el Capitan Geronymo de Luque Altamirano, y Felipe Guerrero, y Iuan Gutierrez de Rota, y Hernando Pelaez vezinos de la ciudad de Sanlucar, hazen relacion de la escritura precedente, y obligacion, y porque quieren fiar cada vno en las cantidades que se dirá; *Que otorgan que se obligan de fiar al dicho Capitan Alonso de Trillo y su muger en tal manera, que los susodichos haran, y cumplirán todo lo contenido en la dicha escritura, y pagaran lo que por ella estàn obligados llana y realmente a su Excelẽcia, ó a quien su causa vuiere, donde no, que nosotros sus fiadores*, y principales pagadores, y haziendo de negocio ageno nuestro propio, *Pagaremos a su Excelẽcia, ó a quien su causa vuiere, todos los marauedis en que el dicho Alonso de Trillo y su muger*, vuieren sido alcãçados ó que vuieren cobrado, ò aya sido a su cargo cobrar. *Y lo pagaremos cada y quando se nos pidiere.* Y para podernos executar, *Sea bastante solo el juramento de qualquiera de los Contadores de su Excelencia, sin otra prueua alguna, de que le releuames, con que no hemos de pagar cada vno de nosotros le fiamos, yo el dicho Pedro de Ardinez en quinientos ducados, è yo el dicho Francisco de Aguilar, en otros quinientos ducados*, sin que preceda escursion de bienes, cuyo beneficio renũciamos,

è yo

é yo el dicho Licenciado Simon Luis, en el todo, é yo dicho Pedro de Castilla en quinientos ducados, è yo el dicho Felipe Guerrero en el todo, è yo el dicho Capitan Geronymo de Luque, en quinientos ducados, è yo el dicho Iuan Gutierrez de Rota, en quinientos ducados, è yo Gonçalo Moreno, en docientos ducados, è yo el dicho Felipe Pelaez en trecientos ducados. Y se obligan y dan poder a las justicias, en la forma ordinaria.

3 ¶ En veinte y seis de Iulio de mil y seiscientos y treinta y seis, el dicho Capitan Alonso de Trillo Armenta, otorga escritura y dize, que por quanto se obligò a cobrar todos los marauedis que deuiessen al Duque de Medina de las alcabalas, y q̃ auiẽdo dado cuentas a los cõtadores del Duq̃ de Medina confiessa que tiene cobrados hasta el dia de la fecha veinte mil y quinientas y veinte y cinco marauedis, los quales se obliga de dar y pagar a los herederos del Duque de Medina, luego que se le pidan, y por ellos pueda ser executado. Y assimismo parecen vnos testimonios presentados ante escriuano, en que auiendo dado cuentas en la Contaduria del Duque fue alcançado el dicho Capitan, en nouecientas y nueue mil y trecientas y treinta y siete marauedis, y de nueuo se obligò a pagarlas como se contiene y refiere en la escritura antecedente.

4 ¶ Con estos recaudos el dicho don Lorenço de Auila y Estrada, en siete de Agosto deste año de treinta y seis, pide mandamiento de execucion contra las personas y bienes de los obligados por la dicha cantidad, y jura la deuda, y ser cierta, y deuidos los marauedis y no pagados. Los fiadores se oponen y alegan las dos excepciones que han alegado en la Chancilleria. La primera, que no renunciaron el beneficio de la escursion, mas que Pedro Ardiens, y Francisco de Aguilar, y que assi los demas no pudieron ser executados hasta preceder. La segunda, que las cuentas que se hizieron con el principal deudor sin citar a los fiadores, no se pudieron executar contra ellos. Sin embargo destas dos excepciones, el Alcalde mayor declarò, que las excepciones.

ciones pueſtas por los dichos fiadores, las aleguen, y pongan en los diez dias de la ley, y ſobre ſu proueymiento ſe reſerue para difinitiua. Y mando que los bienes executados anduuieſſen en pregones, y publica almoneda.

5 ¶ Deſte auto ſe apeló por las partes, y ſe ha dicho de la juſticia por ambas partes, y eſtá concluſo, y ſe ha viſto ſobre ello.

6 ¶ Que legitimamente los dichos fiadores quando no vuieſſen renunciado como renunciarō el beneficio de la eſcurſion, pudieſſen ſer executados ſin embargo de no auerſe hecho contra el principal deudor, ſe prueua lo primero, porque como conſta de aquellas palabras, ibi: *Noſotros como tales fiadores y principales pagadores, y haziendo de negocio ageno nueſtro propio, pagoremos a ſu excelencia, ò a quiē ſu poder vuiere, todos los marauedis, &c.* Con las quales palabras claramente ſe echa de ver, que ſe obligaron como principales pagadores. Y todas las vezes que el fiador ſe obliga como principal pagador no ſe puede valer del beneficio de la eſcurſion aunq̄ no la aya renunciado, texto expreſſo la l. ſtichum 8 §. vltimo, de nouationibus, y en propios terminos tocò eſte punto Braſio Flores, en la queſtion 11. pòr toda ella, y deſpues de auer referido los fundametos de vna y otra parte por 47. numeros, en el 48. defiende ſer la verdadera opinion, no poder valerſe del beneficio de la eſcurſion el fiador que ſe obligò como principal pagador. Y va reſpondiendo a los fundamentos cōtrarios haſta el fin dela queſtiō. Eſta miſma reſolucion tuuo Antonio Heringio, de fideiuſſor, cap. 27. deſde el nu. 64. donde deſpues de auer referido todas las opiniones deſde el nume. 80. haſta el 119. va fundando con leyes y dotrinas, ſer eſta la verdadera reſolucion vſada, y praticada en todos los tribunales de Europa, & tandem, fuera de los que alegan los dichos dos autores que ſon innumerables, la han tenido los autores ſiguientes ...brell. controuerſiar. controuerſiá 11. Ioann. Goco, de contrahenda ſtipulatione, cap. 9. concluſ. 5. nu. 95.

num. 95. Carroc. de excursion. bonor. quæst. 3, q. 2. princip. num. 4. Ancharran. Regiensis, quæsti. 32. num. 11. lib. 1. Zargen. de exceptionib. cap. 15. num. 9. part. 2. Vbelembech. consil. 10. n. 18. Hart. ticul. de fideiussor. obseruat. 1. Ioann. Borcolteld. consil. 23. num. 344. Y en confirmacion desta opinion ay las decisiones siguientes de Senados, Rota Genuens. decis. 78. num. 2. Puteus, decis. 58. nu. 3. Capell. Tolos. decis. 33. Cornaçano, decis. Rot. Lucens. 133. num. 5. De la Camara Imperial testifica auerse juzgado diferentes vezes, Gail. lib. 2. obseruat. 28. num. 6.

7 ¶ Lo segundo, cessa el beneficio de la escusion, aunque no se renuncie, vbi consuetudine, vel statuto receptum est, quod fideiussor ante excussum principalẽ cõueniri posit, l. vltima, C. de fideiussor. Y es infalible que en España se guarda esta costumbre, como lo testifica Boerio decis. 221. num. 15. Carroc. de excursione bonorum, part. 2. quęst. 29. num. 2. Anton. Hering. qui innumeros allegat. cap. 27. num. 256.

8 ¶ Lo tercero, porque auiendose obligado executiuamente los dichos fiadores, esta excepcion de excursion, no ha lugar oponella en la via executiua, ita Anton. Hering. de fideiuss. dict. cap. 27. num. 194. ibi: *Fideiussor tñ qui se prædicto modo per instrumentum guarentigium, seu confessionem obligauit, minime beneficio excursionis gaudet, sed præcisse executionem pati cogitur, vt vult Bald. in l. fideiussor §. 1. ff. qui satisdar. cogant. & in l. certum, C. famil. erciscund. Hippolit. in rubric. de fideiussor. num. 13. Coller. part. 1. cap. 10. num. 335, & part. 4. cap. 2. nume. 95. Carroc. de excusion. bonor. 4. quæst. 2. quæst. principio, num. 1. Didac. à Segura, in repetit. legis si ex legati, num. 74. & 75. ff. de verbor, obligationib. Francus de fideiussorib. cap. 5. num. 391. & 392. Muscatellus in pract. fideiussoria, part. 2. quæst. 10. num. 37.* Esta misma resolucion despues de Romano, Bart. Alexan. Auferio, Socino, Decio, Croto, Osasc. y Thesaur decis. 52. tuuo Blasio Flor. d. q. 11. n. 4.

9 ¶ Lo quarto, cessa este beneficio todas las vezes que se renuncia, como aqui le renunciaron estos fiadores ita Collerius de processib. ex executiuis, part. 1. cap. 10. num. 363. Carroc. de excursio. bonor. part. 2. quæsti. 16. per totam. Inumerables leyes y Dotores para esta renunciacion juntò Heringio en el cap. 27. à num. 156. cum seqq.

10 ¶ Sin que sea de fundamento lo q̃ de contrario se alega, de que esta renunciacion no la hizieron todos los fiadores, sino Pedro de Ardinez, y Frãcisco de Aguilar, y que siendo odiosa, y hecha por dos solos, no se tiene dd estender a mas, ex doctrina celebri Bartoli, & aliorum, in l. 1. C. de probat. Menoch. de præsump. lib. 3. præsump. 13.

11 ¶ Porque se responde, que supuesto que todos los dichos fiadores van hablando en la dicha escritura: y aquellas palabras: *Sin que preceda excursiõ de bienes, cuyo beneficio renunciamos*, estan puestas indefinitamente, sin restringirse a ningun fiador, ni ni singulariçarse en ellas, se han de estender a todos y comprehenderlos, como se verifica por la misma escritura, donde auiendo el Capitan Geronymo de Luque Altamirano obligadose cõ los demas, dixo: *Que no embargante que arriba està dicho que todos los fiadores obligan sus personas y bienes, esto no se entiende, ni ha de entender con el, porque no obliga su persona, sino solo sus bienes.* Ergo sequitur, que si este beneficio de lo escursion no la vuieran renuciado mas que los dichos Pedro Ardinez y Francisco de Aguilar, lo expressaran los demas fiadores como este Capitan expressò, que no obligaua mas que sus bienes. Y todas las vezes que ay en vna escritura vna circunstãcia expressada por vno solo pe los contrayentes, en las de mas clausulas de la escritura, aunque parezca que aya palabras que se limiten y restringan a algunos de los contrayentes, se ha de entender de todos los contrayentes, sino tiene la especialidad que tuuo la otra clausula que se particularizò; ita Petr. Surdus in consil. 294. num. 21. lib. 2. Cæsar Barcio, decis. 211. Bononiensi: para lo qual trae vna celebre dotri-

dottrina de Bartulo en la l. certum, ff. si certum petatur, y es texto expresso la l. nominatim, ff. de con dit. & demonstrat. y el authent. de hæredib. falcid. §. si verbo expresim, Alexand. Raudens. de annalog. lib. 1. cap. 34. num. 159. Y siendo clausula or dinaria que suelen poner los escriuanos, y que topos quantos fian renuncian, es cosa cierta que sino comprehendiera a todos los fiadores se expressara mas viuamente; textos vulgares, l. vnica, § sin autem, C. de caduc. tollend. quia expresio dicit quã do aliquid exprimitur in indiuiduo, & non generi ce, vt est celebris doctrina Bartol. & aliorum in l. 1. ff. de vulgar. & pupil. subst. Tiraquell. Prætis, Borrel. Menoch. & alij, quos refert Domin. D. Ioann. del Castill. lib. 4. cap. 17. num. 22.

12 ¶ El segundo fundamento con que se defienden los dichos fiadores de no poder ser executados, es con dezir que estas cuentas deque resultó el alcance porque les executan, se hizieron solamente con el dicho Capitan Alonso de Trillo Armenta principal, y que ellos no fueron citados para hazerlas, y que asi auiendosele hecho sin su citacion, no pudieron executalles por el alcance. Este punto en terminos tocò Escouar de raciocin. en el cap. 34. des de el num. 1. el qual en fauor de los fiadores, trae la opinion de Iuan Andres, de Iason, alegados por Porcio, lib. 1. conclusionum, cap. 43. ampliati. 9. los quales tuuieron, que no puede ser executado el fiador por el alcance hecho con el principal deudor sin citar para las cuentas al fiador.

13 ¶ En el num. 2. por la contraria opinion, alega a Bartol. en la l. 1. iudicatum solui, a Rodrigo Suarez, Ruino, y Surdo, decis. 218. num. 1. Y en el num. 3. distingue entre fiador de contrato, y de estar á derecho en el fiador de contrato que no podrà ser executado, si no es auiendose citado, y lo cõtrario con el fiador de estar a derecho.

14 ¶ Tandem, referidas todas las dichas dotrinas, en el num. 4. dize estas palabras, ibi; *Priorem tamen partem, huius distinstionis veram, & indubitabi-*

bitabilem reputo, nisi in contractu, in quo intercesßit fideiussor, clausula guarentigia sit apposita puta dedit potestatem omnibus iudicibus exequendi contra eum reliqua ex tali contractu resultantia, vt tenet Bald. in l. 2. C. de fideiussoribus, Suarez, vbi sup. Baeça, de inope debitore, cap. 5. num. 9. & in terminis dixit Baldus, in l. sancimus, §. & eum antiquitas, num. 2. C. de vsur. rei iudicatæ, quod quando fideiussor obligatur dicens, quod soluet quidquid contra principalẽ liquidatũ fuerit, etiam vbi ad ratiocinandum citatus non fuerit poterit pro reliquis cum principali liquidatis exequutari, eo quod hoc casu iam promittat soluere iudicatum contra principalem, non contra ipsum fideiussorem tantum.

15 ¶ Esta limitacion de Escouar, determina el caso deste pleyto, porque todos los dichos fiadores se obligaron executiuamente a pagar el alcance que resultasse contra los dichos Capitan Alonso de Trillo y su muger, como consta de las palabras de la escritura referida, ibi; *Donde no, que nosotros como tales sus fiadores, y haziendo de negocio ageno nuestro propio, pagaremos a su Excelencia, ó a quien su causa vuiere, todos los marauedis en que el dicho Alonso de Trillo y su muger vuieren sido alcançados, ó que vuiereo cobrado, ò aya sido a su cargo cobrar, y lo pagaremos cada y quãdo se nos pidiere. Y para podernos executar sea bastante solo el juramento de qualquiera de los Contadores de su Excelencia, sin otra prueua alguna de que le releuamos.*

16 ¶ Esta distincion de Escouar, fuera delos autores que el refiere, la tuuieron Paulo de Castro, in l. 1. num. 4. ff. iudicatum solui, Cagnol. in l. nemo aliene, in fin. ff. de regul. iur. Iuli. Claro in practicar. §. vltim. queſt. 95. in fin. Peguera decis. 197 num. 5. Tiraquell. de retract. consanguinit. §. 1. gl. 18. num. 83. Ruin. consil. 140. num. 9. in fin. que habla en terminos de confession y alcãce hecho por el principal deudor, y pondera vn texto celebre, que es la l. 2. §. quod de frumentaria, ff. de administrat. rerum ad ciuit. pertinen. ibi; *Quod de frumentaria ratione in alium vsum conuersum est suæ causæ cum incremento debito restituatur; idque & si contra absentẽ pronun-*

pronuntiatum est inanis, quærella est: ratio tamen administrationis secundum fidem acceptorum, & datorum ponatur. Por el qual texto touieron esta opinió Bartulo, y Baldo, en la dicha ley, Oldrald. in l. fin. §. adijcientes, C. de ijs qui ad Ecclesiam confug. Y se prueua por los textos siguientes, en la l. si acceptolatum, §. 1. de acceptolationibus, in l. tan mandatori, que loquitur de mandatoribus, & fideiussoribus, l. si cui, C. de non numerat. pecunia, en l. fin. ff. de institoria act. vbi confessio institoris nocet domino.

17 ¶ Lo segundo se respode principalmente a la dicha oposicion, con que en este pleyto los dichos fiadores se obligaron como principales, y haziendo de deuda agena propia suya; y assi en este caso no proceden las opiniones contrarias, de que las cuentas y alcance hecho contra el principal, no se puede executar contra el fiador; porque aqui ya se reputan como principales, y viene a proceder la resolucion de que quando muchos conreos se obligá insolidum, como principales, por el todo, y a dar cuentas, y a pagar el alcance que resultare contra qualquiera dellos haziendose las cuentas legitimamente, con vno destos se puede executar el alcance contra los demas, sin auer sido citados, ex l. 1. & ex l. cum quæratur, l. iudicatum solui, ff. iudicatũ solui, vbi sententiam contra principalem absentem & cõtumacem mittitur nihilominus executioni cõtra conreum, Ronque Gallo de duobus reis, l. ex duobus reis, num. 15. pulchrè Neuizan. consil. 20. num. 24. Alexand. in l. sæpè, num. 99. ff. de re iudic. Roland. à Valle, consil. 92. num. 19. vol. 4.

18 ¶ Lo tercero, porque en la disputa que ay en derecho, de que el fiador de pagar juzgado y sentenciado, puede ser executado por el alcance hecho contra el principal deudor, ó por la sentencia, sin auer sido citado, y que esto no procede en el fiador de contrato, entra distinguiendo en el fiador que se obliga a que el principal dará cuentas con pago de alcance en tutela, administracion, ó rentas, y dizé

que

que este tal respeto de obligarse a cuentas, que es acto iuridico, y al alcance que dellas resulta se obliga a pagar juzgado y sentenciado, y es fiador desta calidad, y no de contrato, como lo alega por muchos autores Mastril en la decision 20. y que siendo fiador de estar a derecho, todas las dotrinas estan en su contra, y sin citarle, se puede executar contra el el alcance, y la sentēcia dada contra el principal deudor.

19 ¶ Tandem pro choronide huius allegationis, suplico a V. m. considere, que quando con los fundamentos que quedan fundados, la justicia de don Lorenço no fuera tan clara y notoria, por lo menos, nemo sane mentis dubitare potest, que estas excepciones puestas por los fiadores, sean dificultosas de derecho, y dudosas, y en siendolo se hā de reseruar para via ordinaria, sin poderse tratar de ellas en la via executiua, vt est text. in l. 3. §. ibidē ad exhibendum, ibi; *Saltim si qua obscurior, & quæ altiorem indaginem requirat deferendam in directum iudicium.* Crabeta consil. 40. nume. 10. Paz in praxi, tomo 4. part. cap. 2. num. 24. Parlador. libr. 2. rerum quotidianarum, cap. fin. 5. part. §. 10. per totum, Antonio de Canario, de executionibus instrumentorum, quæst. 5. per totum, Stephan. Gratian. disceptationum forensium, tomo 3. cap. 490. Hercules Marescotus, lib. 2. variarum, cap. 121. dōde latissimamente trató este punto Bartulo, Azeuedo, Gregorio Lopez, Rodrigo Suarez, Auendaño Capella Tolosana, Boerio, y otros, a quien sigue y refiere Rodriguez de executionibus, cap. 6. num. 5. Iuan Gutierrez de iuramento confirmat. 3. part cap. 5. num. 57.

20 ¶ De mas de que oy no se ventilan estas excepciones en los diez dias de la ley, que es donde tenian la dificultad que queda referida y proceden las dichas leyes y Dotores, si no las pusieron estos fiadores en el ingresso de la via executiua, y antes de citarlos de remate, donde conforme a la ley del Reyno, y a mas de cien autoridades que trae Marescoto

6

rescoto en el dicho libro 2. cap. 121. num. 52. Rebufus, in commentarijs ad legem Regni, in titul. de litteris obligatorijs, artic. 1. gloss. 9. nume. 44. Rodriguez dict. cap. 6. nume. 25. no se admite excepcion ninguna por clara, euidente, ò notoria que sea assi en hecho, como en derecho, si no se ha de reseruar para los diez dias de la ley, como la reseruó juridicamente el juez ordinario, & ita confirmari speramus. Salua in omnibus, &c.